

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad (Meinedige processen-verbaal)

Borgers, M.J.

2012

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., (2012). *Case note: Hoge Raad (Meinedige processen-verbaal)*, No. 146, Nov 29, 2012. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2012).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## **Annotatie NJ 2012, 146 (meinedige processen-verbaal)**

*HR 29 november 2011, nr. 10/01921*

M.J. Borgers

1. Een opsporingsambtenaar signaleert een aantal keer dat een bepaalde auto een bospad inrijdt, dat nabij zijn huis is gelegen. Kennelijk vindt de opsporingsambtenaar dat ongebruikelijk of opmerkelijk, want hij neemt die waarneming op in een informatiesysteem van de politie. Enige tijd nadien wordt – naar ik begriip: door deze opsporingsambtenaar en een collega – een aantal hennepplanten aangetroffen in het desbetreffende bosperceel. In verband daarmee wordt een aantal personen aangehouden. De eerder gesignaleerde auto blijkt toe te behoren aan de vader van de verdachte. In een proces-verbaal van bevindingen vermelden de genoemde opsporingsambtenaren dat de auto eerder een aantal keer het bospad is ingereden, maar dat wordt daarbij gepresenteerd als een resultaat van buurtonderzoek. Tijdens het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep worden de verbalisanten ondervraagd en dan komt, na enig dralen, de aap uit de mouw. Zij geven toe dat het vermelde buurtonderzoek niet heeft plaatsgevonden en dat de informatie over de auto is gebaseerd op de door één van hen gedane en in het informatiesysteem genoteerde waarneming. Als reden voor deze gang van zaken wordt aangevoerd dat het bekend worden als bron van de informatie omtrent de auto veiligheidsrisico's voor de desbetreffende opsporingsambtenaar met zich zou kunnen brengen.

De raadsman toont zich – terecht – geschokt over deze gang van zaken. Blijkens het proces-verbaal van het onderzoek ter terechtzitting vraagt de raadsman of de verbalisanten zullen worden vervolgd wegens meened. De advocaat-generaal geeft daarop aan dat te zullen bespreken met de officier van justitie. De raadsman betoogt voorts dat het in strijd met de waarheid opmaken van het proces-verbaal van bevindingen een zodanige schending van de beginselen van een goede procesorde oplevert, dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. Dat verweer wordt van de hand gewezen, omdat – mede gelet op de door de verbalisanten tijdens hun verhoor gegeven verklaring – de verdachte niet ernstig in zijn verdedigingsbelang is geschaad. Dat oordeel blijft in cassatie in stand, waarbij de Hoge Raad fijntjes toevoegt dat door of namens de verdachte niet is aangevoerd dat en in hoeverre door het handelen van de verbalisanten is tekortgedaan aan diens recht op een eerlijke behandeling van de zaak.

2. De kritische ondervraging van de verbalisanten heeft in deze zaak in feite een dubbel effect gehad: aan de ene kant is vast komen te staan dat het proces-verbaal van bevindingen voor wat betreft de bron van de informatie over de auto in strijd met de waarheid is opgemaakt, aan de andere kant is naar voren gekomen uit welke bron die informatie daadwerkelijk afkomstig is. De leugen is ontmaskerd door de waarheid. In het licht van het Zwolsman-criterium is het lot van het ontvankelijkheidsverweer daarmee in feite bezegeld. Want doordat de werkelijke gang van zaken boven water is gekomen, kan – althans in de feiten en omstandigheden van deze zaak – dan niet meer worden gezegd dat de verdachte geen eerlijk proces heeft gehad. In het strafproces is juist opgehelderd hoe het opsporingsonderzoek wel is verlopen, waardoor ook de (verdere) toetsing van het verloop en de uitkomsten van dat onderzoek moge-

lijk is geworden. Aan de andere vereisten die in het Zwolsmancriterium besloten liggen – in het bijzonder het doelbewust of met grove veronachtzaming handelen – komt men dan niet meer toe.

Hiermee is – uiteraard – niet gezegd dat valsheden in een proces-verbaal nimmer zouden kunnen leiden tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie. Maar voordat die toch uitzonderlijke sanctie wordt toegepast, moet dan (ten minste) komen vast te staan dat een dergelijke valsheid de eerlijkheid van het proces *onherstelbaar* heeft aangetast. Zo begrijp ik ook de opmerking van het gerechtshof dat het de door de verbalisanten ter terechtzitting gegeven verklaring in aanmerking neemt. Naar ik aanneem, heeft het gerechtshof hiermee – anders dan in de toelichting op het cassatiemiddel wordt gesuggereerd – geen begrip willen tonen voor het handelen van de verbalisanten, maar willen aangeven dat uit die verklaring volgt dat zij weliswaar een onjuiste bron hebben genoemd, maar voor het overige geen onjuiste informatie hebben weergegeven. Het opsporingsonderzoek is dus niet op grond van valse informatie verlopen, hoe laakbaar het handelen van de verbalisanten ook is.

3. De steller van het middel tracht de aandacht te verleggen van het recht van de verdachte op een eerlijk proces naar de integriteit van de opsporing. Betoogd wordt dat vertrouwen in de juistheid en de volledigheid van het procesdossier van eminent belang is, juist in een strafprocesrechtelijk model waarin de nadruk sterk ligt op dat dossier. Dat vertrouwen zou, wat er verder ook zij van het waarheidsgehalte van de overige processtukken, door de gang van zaken omtrent het proces-verbaal van bevindingen onherstelbaar zijn aangetast en daarin zou de grond voor niet-ontvankelijkheid moeten worden gevonden. In het licht van de geldende rechtspraak is dit betoog bepaald een *long shot*. De grond voor niet-ontvankelijkheid kan immers, zo blijkt duidelijk uit de rechtspraak van de Hoge Raad, niet uitsluitend worden gevonden in de laakbaarheid van het optreden van politie of justitie (zie HR 29 juni 2010, *NJ* 2010/441 en HR 29 juni 2010, *NJ* 2010/442 m.nt. T.M. Schalken; vgl. ook HR 18 januari 2011, *NJ* 2011, 141 m.nt. T.M. Schalken).

In de toelichting op het middel lijkt op deze tegenwerping te worden geanticipeerd door te verwijzen naar de uitspraak van het EHRM in de zaak-Teixeira de Castro (EHRM 9 juni 1998, *NJ* 2001/471 m.nt. Kn), die betrekking heeft op (het overtreden van) het instigatieverbod bij een undercoveroperatie. Uit deze uitspraak zou volgen, zo betoogt de steller van het middel, dat een ernstige schending van het vertrouwen in de juistheid en de volledigheid van het dossier niet reparabel is en tot verval van het recht tot vervolging moet leiden. Dat het EHRM die opvatting zou huldigen, heb ik uit de uitspraak niet kunnen afleiden. Maar relevant lijkt mij wel te zijn dat het EHRM bij de beantwoording van de vraag of de procespositie van de verdachte is aangetast – omdat er sprake is geweest van *incitement* ten gevolge van de undercoveroperatie –, duidelijk acht slaat op de behoorlijkheid van het overheidsoptreden. Knigge wijst er in zijn noot op dat het EHRM in deze zaak lijkt te kiezen voor een benadering waarin het accent niet zozeer ligt op de intentie van de uitgelokte persoon (was diens opzet reeds gericht op het begaan van het strafbare feit?), maar veeleer op de behoorlijkheid van het optreden van de politie (in hoeverre hebben de gedragingen van de opsporingsambtenaren te gelden als uitlokking?). De nadruk op de behoorlijkheid van het overheidsoptreden treft men ook aan in de uitspraak in de zaak-Bannikova (EHRM 4 november 2010, appl.nr. 18757/06), waarin uitvoerig uiteen wordt gezet aan de hand van welke materiële criteria en procedurele uitgangspunten moet worden vastgesteld of sprake is geweest van *incitement*. Binnen dat beoordelingskader kan een schending worden aangenomen in de situatie waarin het weliswaar twijfelachtig is of er sprake is van *incitement*, maar die twijfel niet kan worden weggeno-

men omdat in onvoldoende mate procedurele waarborgen – zoals rechterlijk toezicht in de opsporingsfase en/of grondige toetsing door de zittingsrechter – van kracht zijn geweest.

Extrapolatie van deze Straatsburgse jurisprudentie van gevallen van *incitement* naar gevallen waarin in strijd met de waarheid proces-verbaal is opgemaakt, betekent niet zonder meer dat de rechter in de hierboven afgedrukte zaak het niet-ontvankelijkheidsverweer zou hebben moeten honoreren. Immers, de verbalisanten zijn ter terechtzitting aan de tand gevoeld omtrent het proces-verbaal van bevindingen. Daarmee heeft juist de benodigde kritische toetsing plaatsgevonden, zodat niet gezegd kan worden dat procedurele waarborgen hebben ontbroken. Meer in het algemeen laat de Straatsburgse jurisprudentie echter zien dat de eerlijkheid van het proces ('as a whole') en de behoorlijkheid van het overheidsoptreden – daaronder begrepen niet alleen het optreden van politie en justitie, maar ook de opstelling van de rechter – twee zijden van dezelfde medaille zijn. Normering van het overheidsoptreden is dan ook niet eerst relevant indien de eerlijkheid van het proces in het geding is. Die normering strekt er juist toe te voorkomen dat de eerlijkheid van het proces in het geding komt. Weliswaar is in deze zaak de aap uit de mouw gekomen, maar het achterhouden van informatie kan onder andere omstandigheden wel degelijk ernstige consequenties hebben voor het verloop van het strafproces. Zo bezien, is het ongestraft laten passeren van een incident zoals zich hier heeft voorgedaan, in de bredere context van het bewaken van de integriteit van het strafvorderlijk handelen, niet vanzelfsprekend. De vraag is dan hoe – teneinde te voorkomen dat de normering van het overheidsoptreden een lege huls wordt – er moet worden gereageerd op vormverzuimen, juist ook in het geval dat, ondanks het onbehoorlijke gedrag van een verbalisant, het recht op een eerlijk proces niet (wezenlijk) blijkt te zijn verkort.

4. Daarmee komen we op een laatste punt. De verdediging heeft in deze zaak ingezet op het hoogst haalbare: de niet-ontvankelijkverklaring. Dat is evenwel ook het moeilijkst bereikbaar. Niet-ontvankelijkheid is een paardenmiddel. Met de toepassing daarvan dient men – gelet op de belangen van anderen dan de verdachte – zuinig te zijn. Maar zou in een geval als het onderhavige strafvermindering wel mogelijk zijn, hoezeer ook dat vermoedelijk door de verdediging als schrale troost zal worden ervaren? Het antwoord op die vraag hangt ervan af of er sprake is van 'nadeel' in de zin van artikel 359a lid 2 Sv. Vereist is immers (onder meer) dat er sprake is van nadeel dat zich leent voor compensatie door middel van strafvermindering (vgl. HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. YB). Duidelijk is dat in de hierboven afgedrukte zaak dat nadeel – dankzij de kritische ondervraging van verbalisanten en vanwege het feit dat de onwaarheid de overige onderzoeksresultaten niet heeft aangetast – niet bestaat uit een verkorting van het recht van de verdachte op een eerlijk proces. Maar het feit dat (ook) jegens de verdachte een verkeerd beeld is geschetst van het verloop van het opsporingsonderzoek, zou wel anderszins tot nadeel kunnen leiden. Twijfels omtrent het waarheidsgehalte hebben mogelijk complicaties teweeg gebracht voor de verdediging, en ook tot een verhoogde inspanning van de raadsman geleid. In immateriële zin kan worden gedacht aan het opwekken van gevoelens van frustratie doordat de overheid geen *fair play* blijkt te hebben gespeeld. Men zou kunnen betogen dat de vaststelling van het vormverzuim, met de toevoeging dat het verzuim door de rechter zeer wordt betreurd, reeds compensatie biedt. Die uitkomst is naar mijn mening echter niet zonder meer bevredigend, zeker niet indien daarbij onduidelijkheid bestaat of er jegens de verbalisanten nog nadere stappen zullen worden ondernomen. In dat geval mag de laakbaarheid van het overheidsoptreden wel iets krachtiger tot uitdrukking worden gebracht door de strafrechter en valt er naar mijn mening veel voor te zeggen om strafvermindering toe te

passen. Dat kan worden bereikt door aan te nemen dat er hier sprake is van nadeel dat zich leent voor compensatie door strafvermindering. Een alternatief zou nog zijn om aan te nemen dat zich hier een geval voordoet waarin – bij wijze van uitzondering – nadeel niet is vereist voor het verbinden van een rechtsgevolg aan het vormverzuim (vgl. Kooijmans, *DD* 2011, p. 1107-1108 en onderdeel 5 van de noot onder HR 30 maart 2010, *NJ* 2011/603).